



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

"O. S., G. A. s/Recurso de Inaplicabilidad de ley en causa N° 78.676 del Tribunal de Casación Penal, Sala II"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal, el 29 de junio de 2017, resolvió rechazar el recurso homónimo interpuesto por la defensa particular de O. S. G. A. contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 del departamento judicial de Lomas de Zamora que lo condenó a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas por ser partícipe necesario del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en concurso ideal con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda. (v. fs. 88/99)

Contra esa sentencia, y luego de haber sido intimada en diversas oportunidades a la defensa técnica para que canalice el recurso del imputado, se dedujo recurso de inaplicabilidad de ley el que fue desestimado por el Tribunal por entender que los agravios de pretensa índole federal no guardaban relación directa con lo fallado. (v. fs. 125/128)

Revocada la defensa particular por parte del imputado y habiendo asumido la defensa oficial, presenta un recurso de reposición y/o nulidad del recurso de inaplicabilidad de ley que había interpuesto la defensa anterior por entender que el

imputado se encontraba en estado de indefensión. (v. fs. 143/145).

Frente a ello el Tribunal de Casación desestimó la presentación por sosteniendo que había agotado su jurisdicción con el examen de admisibilidad del art. 486 del CPP y contra ello la defensa oficial dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 149/153) el que fue reconducido por el tribunal intermedio como recurso de queja ante esa Suprema Corte (v. fs. 154).

Esa Corte, mediante resolución del 13 de marzo del 2019, rechazó por improcedente aquella reconducción y devolvió las actuaciones para que el Tribunal de Casación resolviera acerca de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad conforme el art. 486 del CPP (v. fs. 155/156 vta.).

Finalmente el tribunal intermedio admitió la impugnación por considerar que se habían planteado agravios de pretensa índole federal (v. fs. 161/164 vta.); habiendo recomendado esta Procuración el rechazo del recurso en cuestión, esa Suprema Corte el 20 de agosto del 2020 resolvió hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa oficial, declarando la nulidad del originario recurso de inaplicabilidad de ley presentado por la defensa particular de O. S. (v. fs. 110/124) y de todos los actos subsiguientes, disponiendo dar vista a la defensa oficial para que canalice la voluntad impugnativa (v. fs. 180/186).

II. Frente a ello, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal -Dra.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

Biasotti- dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 195/209), el que fue declarado admisible por el *a quo* (v. fs. 210/212).

III. Agravios

a. La recurrente denuncia -como cuestión previa- la violación del derecho a un plazo razonable de duración del proceso y a ser juzgado sin dilaciones indebidas (arts. 8.1, CADH; 9.3 y 14.3 c, PIDCP).

Sostiene que en el caso resulta evidente que se violentó el plazo razonable y con él los derechos de defensa en juicio, debido proceso y presunción de inocencia (art. 18, Const. nac.).

En ese orden de ideas y, por considerar infringido aquel derecho, solicita se declare la prescripción de la acción como instrumento idóneo para garantizarlo, con prescindencia de las disposiciones del Código Penal y por imperio del art. 31 de la Constitución nacional. Cita en su apoyo los fallos "Espíndola", "Mattei", "Mozzatti", e.o. de la CSJN y casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los que menciona "Suarez Rosero".

Señala que el hecho que se le imputa a O. S. data del 27 de agosto del año 2012, sin que a la fecha haya recaído sentencia firme, es decir, casi diez años, de los cuales la etapa recursiva ha insumido casi cinco años.

Por otro lado, afirma que la razonabilidad de la duración del proceso debe ser analizada en cada caso en concreto pues el concepto de plazo razonable no admite definiciones matemáticas y, a

tal fin, cita pautas que permiten determinar esa razonabilidad entre las que menciona: 1) la dificultad y complejidad del caso, 2) la conducta del reclamante y 3) la conducta de los órganos estatales.

En ese sentido descarta que el caso tenga algún tipo de complejidad pues advierte que no hubo dificultades en la investigación y que la sentencia de primera instancia data del año 2016, cuatro años después del hecho.

También descarta actividad obstructiva por parte del imputado pues aduce que solo ejerció los derechos y garantías que le corresponden constitucionalmente, incluso -arguye- que al haber estado el imputado en un estado de indefensión se hizo lugar a su reclamo llevado a consideración a los órganos jurisdiccionales correspondientes, reconocimiento que llevó casi cuatro años.

Por último, en relación a los aspectos mencionados, remarca que la mora en resolver, aunque explicable, resulta inoponible al imputado y es por lo tanto irrelevante para justificar la repercusión frustrante que el transcurso del tiempo tuvo sobre el derecho de su asistido de poner fin a la persecución penal.

Como resolución del caso plantea, nuevamente, que deberá declararse la extinción de la acción penal por prescripción por imperio de los arts. 28 y 31 de la Constitución nacional, con el precio de inaplicar los plazos reglamentarios de la ley de fondo contemplados en el art. 62 del Cód. Penal.

Con ese norte razona que, atento el raigambre constitucional del plazo razonable, si en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

caso concreto se considera que aún no ha transcurrido el plazo contemplado en el art. 62 del Cód. Penal mencionado, entonces no queda otra opción que inaplicar por inconstitucional la ley común (arts. 5, Const. nac.; 11 y 57, Const. prov.).

b. En segundo lugar denuncia la errónea revisión de la sentencia de condena pues entiende que la sentencia del tribunal intermedio -del año 2017- violentó la obligación de fundar los pronunciamientos judiciales; violación del derecho de defensa en juicio, presunción de inocencia y el principio de *in dubio pro reo*. (arts. 18, Const. nac.; 8.2, CADH; 14.2 y 14.5, PIDCP).

Indica que la decisión del Tribunal de Casación constituye un tránsito aparente por la instancia y frustra el derecho al doble conforme pues ante los planteos llevados a la instancia casatoria, el tribunal revisor confirmó de forma arbitraria la participación responsable en el hecho y la calificación legal, haciendo una reiteración de las razones dada por el tribunal de origen y no una verificación de si se había aplicado el método histórico.

A continuación cita pasajes del fallo "Casal" y define el método histórico de acuerdo a la doctrina emanada del mencionado precedente.

Sobre esa base postula que la sentencia revisora solo reiteró las consideraciones del sentenciante a través de fórmulas genéricas que no responden a los planteos efectuados en el recurso y que estaban vinculados a la falta de convicción de los elementos de prueba entre los que menciona las

declaraciones de los damnificados y la calificación legal asignada al hecho.

Por último recuerda las afectaciones constitucionales que denuncia vulneradas y solicita se dicte una nueva sentencia ajustada a derecho.

IV. Considero que el recurso no puede progresar. Doy razones.

Habiendo efectuado *ut supra* un repaso de los principales antecedentes de la presente causa y a fin de evitar reiteraciones, pasaré directamente a dictaminar.

a. Cuestión previa: denuncia de vulneración del plazo razonable de duración de los procesos.

Cabe recordar que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 del departamento judicial Lomas de Zamora condenó, con fecha 9 de marzo de 2.016 a G. A. O. S. a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas por ser partícipe necesario del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda.

Dicha circunstancia determina la escala penal a tener en cuenta para fijar el plazo legal de la prescripción de la acción penal; de allí, que deba computarse un plazo de doce (12) años para que ello suceda desde el último acto interruptivo (cfr. arts. 62 inc. 2 y 166 inc. 2 y último párrafo, Cód. Penal).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

Con ese norte y -en primer lugar- advierto que el último acto interruptivo en el *sub lite* es el dictado de la sentencia condenatoria aunque la misma no se encuentre firme (cfr. art. 67 inc. e, Cód. Penal) la cual fue dictada con fecha 9 de marzo del año 2016 por lo que la acción se encuentra plenamente vigente.

En cuanto a la denuncia de afectación al plazo razonable del proceso, considero que lo dicho anteriormente permite desechar -en parte- este planteo, y asimismo la recurrente no ha circunscripto correctamente "las circunstancias particulares" de la causa para considerar la excesiva duración a través de la aplicación de la teoría de la ponderación, con lo que en el caso resulta insoslayable la vigencia del plazo legal.

Sumado a ello advierto que si bien la recurrente plantea las tres pautas que en materia de derecho supranacional los organismos interamericanos de aplicación recomiendan analizar para analizar la razonabilidad del plazo de duración del proceso (la dificultad y complejidad del caso; la conducta del reclamante y la conducta de los órganos estatales) no tiene en cuenta el requisito de "gravedad del suceso" que plantea la doctrina de esa Suprema Corte para su aplicación (Cfr. Doc. en Causa P.131.933, sent. de 29/12/2020, entre otras). En el presente caso estamos en presencia de un delito grave como es un robo doblemente agravado por ser cometido en despoblado y en banda y por utilización de arma de fuego (cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada).

Por otro lado tampoco resulta aplicable, a mi criterio, el fallo "Espíndola" de la CSJN (Fallos: 342:584) y su doctrina, pues existen diferencias causídicas con el presente hecho en tanto en aquel se había sobrepasado el tiempo de la vigencia de la acción penal respecto de uno de los delitos comprendidos en la sentencia condenatoria a la vez que el tiempo que había transcurrido en la etapa recursiva -12 años- fue muy superior al del presente hecho, ambas circunstancias fueron utilizadas como argumentos por la Corte Federal para emitir su sentencia.

En relación al planteo de inconstitucionalidad de la norma de fondo -art. 62, Cód. Penal- entiendo que no corresponde expedirme sobre el punto, en tanto fue planteado en forma subsidiaria por la Defensora Adjunta de Casación y por considerar que no se vulneró el plazo razonable.

No obstante ello, vale recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones que cabe encomendar a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (conf. Fallos: 328:4542, 327:831, 321:441; entre tantos otros). En estos términos, su procedencia requiere que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos fuertes fundamentos, al extremo de proponer un análisis inequívoco y exhaustivo del problema, de manera que si la parte no demuestra cuál es el alcance de sus derechos y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

por qué razones cree que lo actuado por el legislador es incorrecto, no cabe atenderlo (conf. CSJN Fallos: 306:1597 y, en especial 325:1201, in re, "T.V. Resistencia S.A.I.F. v. L.S. 88 T.V. Canal 11 Formosa s/daños y perjuicios", sent. de 28-V-2002, disidencia del doctor Adolfo R. Vázquez, cons. 8°).

b. Errónea revisión de la sentencia de condena y sentencia arbitraria.

La recurrente denuncia que la sentencia de condena fue erróneamente revisada por el tribunal intermedio infringiendo el método histórico emergente de la doctrina del fallo "Casal" de la CSJN y con ello la vulneración de una serie de preceptos constitucionales y convencionales (defensa en juicio, presunción de inocencia, principio de *in dubio pro reo* y derecho al recurso).

Recuerda que el revisor realizó una mera reiteración de los argumentos del tribunal de origen y específicamente se agravia de:

- 1) La valoración probatoria en torno a la participación del imputado O. S. en el hecho.
- 2) La calificación asignada al ilícito en cuanto a que no hubo secuestro del arma supuestamente utilizada.

Por su parte la Sala II del Tribunal de Casación relató, en primer lugar, la materialidad ilícita (v. fs. 90 vta./91), la que llegó sin cuestionarse a esa instancia.

A continuación el revisor afirmó que tanto la determinación de la materialidad ilícita del

hecho objeto de juzgamiento como la participación responsable del imputado encontraron suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo que a tales efectos fue relevado por el *a quo*. Las piezas de la investigación penal preparatoria incorporadas al debate, aunadas a la auditada en el mismo, determinaron un plexo probatorio suficiente para otorgar certeza respecto del ilícito y de la participación necesaria de O. en el mismo (v. fs. 91 y vta.).

De seguido y luego de citar la doctrina del caso "Casal" de la CSJN el órgano intermedio tuvo en cuenta que por la apertura del teléfono hallado en la casa de los damnificados, se constataron agendados diversos números de telefónicos. Así se determinó que entre otros contactos aparecía el abonado Nro. ... agendado con el nombre "P.", el nro...con el nombre "C.", cuyo titular era el consorte de causa M. y el Nro. ... agendado como "G.P.". Cotejados dichos datos con el listado de la totalidad de las comunicaciones telefónicas producidas al momento del evento en las inmediaciones de la vivienda del damnificado, se determinó la presencia de los abonados a los que antes me referí, y que los mismos mantuvieron comunicaciones telefónicas entre sí y con el celular incautado. Asimismo, el sentenciante meritó que del análisis del V.A.I.C. -Vínculo por análisis informático de las comunicaciones-, se verificó que el abonado correspondiente a la empresa Amstork S.A., utilizado por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

O., mantuvo gran cantidad de comunicaciones con el abonado telefónico identificado como "P."

Conforme vengo analizando el tribunal a quo valoró la prueba documental agregada al debate por su lectura, sin que fuera cuestionada por la defensa, por medio de la cual resultó que la línea telefónica que dio curso a la investigación, teléfono Nro. ...-, fue utilizada por el encartado. Asimismo se valoró que entre dicho abonado telefónico y el abonado telefónico ... "P." hubo al menos 47 llamadas (v. fs. 93).

La Sala revisora tuvo en cuenta también que el sentenciante válidamente meritó como indicio las circunstancias de que dichas llamadas se produjeron fuera del horario laboral de O. y bajo las antenas correspondientes a Dock Sud o el barrio de La Boca, lugar donde habita el imputado. También se valoró que O. tenía acceso a las llaves de la casa de los damnificados, ya que eran dejadas dentro de la camioneta Amarok que manejaba el imputado. A dichos indicios se adunó el conocimiento específico de la instalación del dispositivo secreto en donde se encontraba el moto vehículo propiedad de la familia, a la que hacían referencia insistentemente los sujetos que ingresaron a la vivienda de los damnificados, aunque como bien señala el sentenciante, no en exclusiva (v. fs. 93 vta.).

De esa manera el Tribunal de Casación entendió que el sentenciante expresó su sincera convicción en cuanto a la participación que tuvo O. S. en el hecho teniendo en cuenta también las declaraciones realizadas por los damnificados M. y

W. (v. fs. 2/3 que corresponden al acta del debate y fs. 26 y siguientes de la sentencia de mérito).

Por último adujo, que la alegada orfandad probatoria no deja de ser una mera afirmación de la parte recurrente que se desentiende del complejo de elementos reseñados (v. fs. 94).

En definitiva, no se entiende por qué la recurrente cuestiona la revisión realizada por el intermedio en tanto hizo un profundo análisis de la prueba rendida en el caso y que estaba compuesta por una serie de elementos significativos que permitieron una sindicación clara de O. S. como partícipe necesario del hecho y que se estructuraba principalmente en:

1) La valoración del celular incautado.

2) Informes telefónicos y el entrecruzamiento de llamadas.

3) Declaraciones testimoniales de los damnificados.

Por otro lado la recurrente cuestionó la revisión del tribunal intermedio en lo tocante a la calificación asignada al ilícito.

Respecto a ello el Tribunal de Casación expuso sus argumentos para mantener enhiesta la figura y en el punto VII de su sentencia adujo, entre otras cuestiones, que los elementos de prueba y la base fáctica permitían dicha figura agravada y que el objeto previsto para el tipo penal en cuestión -arma de fuego- se constató de la declaración testimonial de Sandra Peraita (v. fs. 97 vta./98).

A tal fin vale recordar lo consignado en el acta de debate -v. fs 2 y vta.- en donde



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

se dejó expresado que a partir de lo señalado por la testigo Sra. Peraita y lo requerido por el Fiscal (cfm. art. 359 del CPP) se resolvió que el alcance de la acusación debía contemplar que el desapoderamiento se produjo con armas de fuego; y que cedida la palabra a las defensas técnicas -una vez advertida esta circunstancia-, manifestaron que nada tenían que objetar y/o agregar.

Amén de que los defensores de instancia nada dijeron respecto a la ampliación de la acusación por parte del Fiscal, la recurrente en esta instancia sostiene que hubo una errónea revisión de la calificación en tanto afirma que no existió prueba alguna que permita mantener dicho encuadre legal y que tampoco se secuestró ningún arma en el hecho.

En relación a ello tiene dicho esa Suprema Corte que no existe en principio otra forma de acreditar la aptitud del arma de fuego que no sea la de apreciar su funcionamiento, sea a través de los sentidos -producir el disparo-, en el momento del hecho, o de su peritación cuando existiera la posibilidad de su secuestro, se colige que toda vez que no se utilice el arma durante el hecho o no sea posible su secuestro en las circunstancias descriptas, la prueba de la aptitud para el disparo en el momento de comisión del delito de robo será virtualmente de imposible comprobación. Ello, arrojará previsiblemente -como corolario- la tipificación del delito en la forma atenuada del art. 166 inc. 2° *in fine* del Código Penal. (Cfr. Causa P.105.135, entre otras).

En definitiva, la calificación encuentra sustento en la prueba rendida en el debate y en

la interpretación que ha hecho esa Suprema Corte en lo referido a las circunstancias en que deben darse por comprobada para la tipificación atenuada del 166 inc. 2 *in fine* del Cód Penal.

Dicho esto, advierto que las respuestas dadas por el tribunal revisor demuestran un abordaje llevado a cabo sin cortapisas formales ni restricción cognoscitiva alguna de los agravios sometidos a su escrutinio, no logrando justificar la recurrente que en el caso no se encuentre abastecida la garantía prevista en el art. 8.2."h" de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni que lo decidido sobre el punto tenga como resultado una respuesta aparente por parte del revisor.

Cabe recordar que "[...] el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado" (CSJN Fallos: 310:234).

Dicho eso -y a rigor de verdad- la recurrente pretende, bajo el ropaje de arbitrariedad, asignarle un valor diferente a la prueba de autos, lo que supone una técnica inidónea de acuerdo al remedio incoado. (cfm. doc art. 494 y 495, CPP).

Finalmente habiendo realizado el tribunal intermedio una revisión integral, con el doble control necesario de acuerdo a la normativa convencional que se denuncia vulnerada (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP), no se advierte una respuesta aparente ni arbitraria y, como consecuencia de ello, las afectaciones



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133153-2

constitucionales decaen (defensa en juicio, presunción de inocencia y el principio de *in dubio pro reo*).

V. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Defensora Adjunta del Tribunal de Casación en favor de G. A. O. S..

La Plata, 6 de junio de 2022.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

06/06/2022 11:11:33

